



Eduardo Juntolli Vilhena

Royalties do petróleo: compensação financeira aos Estados, Municípios e Órgãos da Administração Direta afetados

Análise da constitucionalidade da destinação de recursos de *royalties* ao Fundo Especial

Trabalho de conclusão de curso apresentado como parte dos requisitos para obtenção do grau de especialista em governança e controle da regulação em infraestrutura.

Orientadora: Professora Mestre
Lívia Medeiros Amorim

Brasília – DF

Abril/2018

***Royalties* do petróleo: compensação financeira aos Estados, Municípios e Órgãos da Administração Direta afetados**

Análise da constitucionalidade da destinação de recursos de *royalties* ao Fundo Especial

Eduardo Juntolli Vilhena
Tribunal de Contas da União

PALAVRAS-CHAVE: *Royalties*. Indenização. Fundo Especial.

RESUMO

Trabalho sobre a análise de constitucionalidade da distribuição de recursos arrecadados a títulos de *royalties* a Estados e Municípios não afetados. Inicia-se com introdução ao contexto da indústria do petróleo. Depois, abordagem histórica da origem dos *royalties* e síntese da evolução normativa do tema no Brasil. Em seguida, elaborou-se uma análise da constitucionalidade das normas legais que atribuem a entes não afetados fatia das receitas originárias dos *royalties* do petróleo mediante duas abordagens: diferença na forma de se calcular as receitas de cunho indenizatório e análise dos argumentos apresentados no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.917. Concluiu-se que os *royalties* devem ser entendidos como o que a Constituição denominou "compensação financeira" e, conseqüentemente, seria inconstitucional a atual forma de distribuição dos recursos a entes não afetados via Fundo Especial.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de trabalho de conclusão de curso de especialização em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura. Escolheu-se como tema a análise de constitucionalidade da atual distribuição de recursos arrecadados a título de *royalties* a Estados e Municípios não afetados. Tal distribuição se faz por meio do rateio do Fundo Especial segundo os critérios do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Todavia, caso o entendimento seja de que os *royalties* são o que a Constituição Federal denominou no seu art. 20, §1º como compensação financeira, que é a teoria que aqui defende, os *royalties* teriam natureza indenizatória e, portanto, tal distribuição a entes não afetados não seria cabível.

A escolha do tema se deveu à sua relevância face à atual situação fiscal dos entes federados. Isso porque, o volume de recursos provenientes dos *royalties* do petróleo e gás atingem cifras anuais superiores a R\$ 10 bilhões, com tendência de elevação. Outros fatores que contribuíram para a definição do tema foram: (i) existência de Ação Direta de Inconstitucionalidade em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF) que se relaciona com o assunto - inclusive com decisão limiar que impacta a distribuição de parte significativa dos recursos provenientes dos *royalties* (ADI 4.917); (ii) a complexidade técnica do assunto; e (iii) a existência de forte pressão exercida pelos grupos de interesse sobre os poderes legislativo e judiciário a respeito do assunto.

Para tratar da questão, o presente trabalho fará uma abordagem histórica a respeito da origem dos *royalties* e apresentará uma síntese da evolução normativa do tema no Brasil republicano - subdividida em dois períodos: pré e pós abertura do mercado - para, a partir daí, elaborar uma análise da constitucionalidade das normas legais que atribuem – via Fundo Especial – a Estados e Municípios não afetados fatia das receitas originárias dos *royalties* do petróleo. A referida análise será suportada por duas abordagens: (i) diferença na forma de se calcular as receitas de cunho indenizatório e receitas relativas a participação nos resultados; e (ii) argumentos apresentados no âmbito da ADI 4.917 no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Depois de realizada a análise, o presente estudo, de forma simplificada, apresentará algumas estimativas de impacto financeiro decorrente do entendimento que se considerar adequado relativamente às receitas petrolíferas distribuídas aos entes federados e órgãos da administração direta.

2. CONTEXTO HISTÓRICO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Antes de adentrar no cerne propriamente dito desta pesquisa, apresenta-se, já neste tópico, breve introdução ao assunto tratado, de forma a contextualizar o leitor. Para isso, será apresentada a história resumida da indústria do petróleo, o seu histórico no Brasil, as formas de o governo auferir receitas da exploração e produção, algumas estatísticas e projeções a respeito da indústria e, por fim, será delimitado o escopo do trabalho.

Em relação ao conteúdo desse tópico do trabalho, relacionado à contextualização do tema, vale ressaltar se tratar de assunto bastante vasto e complexo, com inúmeras abordagens e entendimentos. Assim, registra-se que caso seja do interesse do leitor o maior aprofundamento no contexto em que se insere o presente trabalho, sugere-se a leitura de D'ALMEIDA 2015, referência utilizada como base para a presente síntese.

A história da indústria do petróleo tem origem em meados do século XIX. A importância da indústria cresceu proporcionalmente à necessidade crescente de energia - principalmente decorrente das alterações na forma de produção de bens ocasionada pela revolução industrial. Seu desenvolvimento foi bastante conduzido pelos Estados Unidos, principal consumidor do produto. Apesar disso, e devido principalmente a fatores geológicos - abundância de matéria-prima - a produção de petróleo e gás se desenvolveu sobremaneira na região do Oriente Médio, sendo que, na referida região, a indústria do petróleo é apontada como responsável por diversas guerras.

Atualmente, a exploração e produção de petróleo, embora crescente e pujante, conta com sérias contestações do ponto de vista ambiental, devido às emissões de poluentes e pelos métodos de extração do produto. Assim, embora a produção e o consumo sigam em crescimento constante, a participação do petróleo na matriz energética mundial tem se reduzido - principalmente na última década -, dando espaço às fontes de energias renováveis.

Segundo dados apresentados na 67ª edição do BP Statistical Review of World Energy¹, o consumo anual de petróleo como fonte de energia primária, que em 1992 era de aproximadamente 4 bilhões de toneladas de óleo equivalente passou, em 2017, para mais de 4,5 bilhões de toneladas de óleo equivalente, um acréscimo, em 25 anos, de

¹ BP Statistical Review of World Energy, 67th edition - June 2018 – p. 12 e 13.

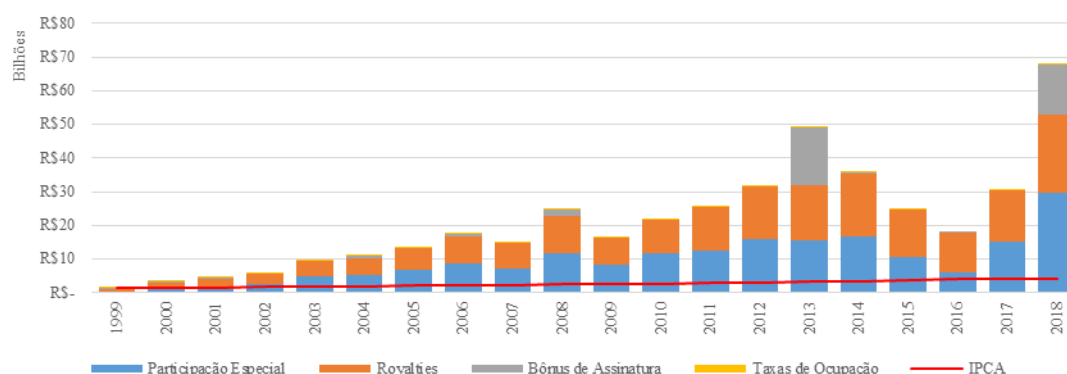
mais de 10%. Todavia, a participação da referida fonte energética em relação ao total de energia consumida no globo, segundo o mesmo estudo, caiu de 40% para 35% - no mesmo período.

Em se tratando de Brasil, a exploração e produção de petróleo e gás natural experimentaram, nos últimos anos – principalmente após a descoberta do que se conhece como província do pré-sal – alteração significativa na sua dinâmica. O país ganhou relevância geoeconômica mundial relacionada ao produto e, do ponto de vista interno, pode-se dizer que a economia brasileira sofreu mudança no seu ponto de equilíbrio. Essa alteração no ponto de equilíbrio do setor de óleo e gás fez com que todos os segmentos da economia a ele relacionados sofressem mudanças também, e assim também ocorreu com as receitas governamentais arrecadadas sobre a exploração e produção, o que se denomina *government take*.

Government take - no setor de petróleo - é definido como o montante (ou percentual) das receitas oriundas da atividade petrolífera que se revertem ao governo hospedeiro. No Brasil, as principais formas de arrecadação de receitas por parte do governo são: (i) bônus de assinatura (valor arrecadado para a outorga de determinada área a ser explorada); (ii) taxa de ocupação (valor arrecadado pela retenção das áreas); (iii) *royalties* (valor arrecadado sobre a receita bruta do campo em produção); (iv) participações especiais (valores arrecadados sobre campos com alta rentabilidade ou produtividade licitados sob o regime de concessão); (v) parcela de óleo lucro (participação do governo no resultado dos campos licitados sob o regime de partilha); (vi) impostos diretos; e (vii) impostos indiretos.

O gráfico abaixo demonstra a evolução dos quatro tipos mais diretos de receitas relativas ao setor de óleo e gás (bônus de assinatura, taxa de ocupação, *royalties* e participação especial), a partir de 1999, em que se destacam dois fatores: (i) o crescimento das receitas superou de forma expressiva o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA); e (ii) os *royalties* e as participações especiais superaram, em muito, as demais receitas tabeladas, sendo, certamente, as receitas diretas mais relevantes relacionadas ao setor.

Gráfico 1 - Evolução das receitas governamentais brasileiras sobre o setor de óleo e gás



Fonte: elaboração própria².

Dentre as duas receitas mais relevantes, decidiu-se por se debruçar sobre os *royalties*, por entender que ela é mais certa e mais restrita quanto à sua possibilidade de distribuição. Isso porque, os *royalties* são cobrados a partir da receita bruta dos campos em produção, calculados como uma alíquota aplicada ao resultado da multiplicação da produção mensal pelo preço do petróleo de referência - assunto que será melhor detalhado em tópico adiante.

Analisando, então, a evolução exclusivamente dos recursos auferidos a título de *royalties* do petróleo, é possível observar que o país obteve, principalmente nas duas últimas décadas, incremento expressivo, corroborando a mudança de equilíbrio do setor mencionada anteriormente. Em 1999, a arrecadação total foi da ordem de R\$ 1 bilhão; em 2018 – ápice dessas receitas –, o total arrecadado superou R\$ 23 bilhões (dados da ANP).

Ocorre que a criação dos *royalties*, como se verá, foi inicialmente imaginada e estruturada como forma de compensação financeira (indenização) e – defende-se - não de participação nos resultados da exploração (que tem nítido componente de “participação nos lucros”). Ou seja, a renda oriunda de tal apropriação governamental deveria estar relacionada aos custos, danos e riscos a que estados e municípios produtores ou afetados estariam expostos, sendo tais entes os legítimos beneficiários.

Assim, este trabalho se debruçará sobre o questionamento se as leis que regulam a arrecadação e distribuição dos *royalties* do petróleo, em especial a distribuição de recursos via Fundo Especial a estados e municípios não afetados, o

² A partir dos dados divulgados pela ANP, disponível em www.anp.gov.br.

fizeram dentro dos limites constitucionais, considerando o disposto no art. 20, §1º da Constituição e o pacto federativo brasileiro.

Reforçando a importância do debate suscitado, registra-se que, atualmente, a forma de distribuição dos *royalties* relativos às concessões sob o regime de partilha, feitas posteriores à promulgação da Lei 12.351/2010, estão *sub judice*, por força de liminar exarada em março de 2013 pela Exma. Ministra Carmem Lúcia, no âmbito da ADI 4.917, gerando insegurança jurídica ao sistema federativo brasileiro. Segundo o relatório referente a janeiro de 2019 da ANP, o campo de Mero (Libra), único campo em produção sob o regime de partilha atualmente, os valores arrecadados a título de *royalties* foram distribuídos aos beneficiários indicados pelos arts. 48 e 49 da Lei nº 9.478/1997, mas o relatório registrou que tal medida perdurará enquanto viger a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.917/2013.

Então, a ideia de se trabalhar o presente tema no âmbito do trabalho de conclusão de curso de especialização é tornar mais clara a discussão a respeito dos *royalties* do petróleo para a sociedade, trazendo a complexa discussão legislativa e jurídica para o mundo acadêmico, mais isento de pressões e da atuação de grupos de interesses bastante influentes e coordenados.

Assim, o presente trabalho se dispõe a fazer uma interpretação a respeito das leis que tratam dos *royalties* do petróleo, principalmente no que diz respeito a sua natureza e seus critérios de distribuição, à luz do conhecimento técnico relativo ao setor, na intenção de agregar argumentos para futuras decisões a serem tomadas pelo poder judiciário brasileiro e, ainda, que possa servir de subsídio para permear as discussões políticas em eventual modernização da legislação relacionada ao assunto.

3. ORIGEM HISTÓRICA DOS ROYALTIES

Tendo em vista o intuito deste trabalho, qual seja, abordar a situação atual em termos de constitucionalidade e legalidade do que se conhece por *royalties* do petróleo, abordando, principalmente, a evolução normativa a respeito da distribuição das receitas, o primeiro passo que se entende essencial é entender o que são os *royalties* do petróleo no contexto brasileiro.

Para isso, embora seja difícil precisar a origem do termo em relação ao seu uso como cobrança de valores, pesquisas em meios digitais apontam que, originalmente, *royalty* era um valor pago pelos súditos aos reis - assemelhado a forma de impostos -

para a utilização das estruturas disponíveis nos reinos (pontes, moinhos, etc.) ou para a exploração comercial de recursos naturais disponíveis em suas terras (caça, pesca, madeira, etc.), Cerveira, 2014.

Atualmente, algumas publicações, a exemplo do sítio eletrônico Wikipédia ou outros, chegam a traduzir o termo *royalty* como "regalias", o que tende a dar uma ideia pejorativa para o conceito de *royalty*, uma vez que regalias, segundo o Dicionário Aurélio, embora apresente como primeira definição "1. Direito próprio do rei", apresenta como possibilidades "2. Privilégio, vantagem, prerrogativa".

Outra possibilidade de tradução do termo *royalty*, mais moderna, seria direitos autorais. Essa definição se atrela mais adequadamente à utilização em ambiente de franquias e patentes. Tratando do ambiente de franquias, cumpre trazer ao texto o disposto na alínea "a" do inciso VIII do art. 3º da Lei 8.955/1994 - lei que trata dos contratos de franquias empresariais: "a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (*royalties*)";.

Como se pode perceber, os *royalties*, em se tratando de franquias, não devem ser entendidos como "regalias", mas devem ser interpretados como uma remuneração periódica pelo uso de facilidades ou recursos disponibilizados pelo dono da marca ou patente, o que se assemelha a uma compensação financeira. No caso das franquias, exige-se que haja "serviços efetivamente prestados pelo franqueador". Sem se aprofundar em tal ramo, tais serviços podem estar vinculados ao gerenciamento de fornecedores, análise de qualidade dos insumos, definição de estratégias de *marketing* dentre outras infinitas possibilidades.

Fazendo-se uma interpretação hermenêutica entre as possíveis definições do termo, de forma a estabelecer a melhor interpretação do termo *royalty*, é de se concluir, portanto, que a cobrança de valores relativos a *royalties* do petróleo devem ser vinculados à utilização de uma estrutura (ou infraestrutura) criada pelos Estados e Municípios hospedeiros, ou pela exploração comercial de recursos naturais de outrem.

Assim, considera-se que duas seriam as possibilidades interpretativas do termo *royalties*: importância pecuniária devida aos entes federados e entidades que são afetados pela demanda de infraestrutura e serviços públicos vinculados às atividades

exploratórias (indenização) ou uma importância pecuniária devida ao proprietário dos recursos que serão explorados comercialmente por outrem.

4. A EVOLUÇÃO NORMATIVA DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA A RESPEITO DAS PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS SOBRE O PETRÓLEO

Antes mesmo de adentrar às análises sobre a natureza jurídica dos *royalties*, entende-se relevante apresentar um histórico de como tal cobrança foi inserida no ordenamento jurídico pátrio, de forma a contextualizar o presente estudo. Para isso, teve-se por base o conteúdo apresentado por Loureiro (2012). Entretanto, o estudo desenvolvido por Loureiro abordou a evolução normativa desde o período colonial e imperial até o ano de 2012, o que não é o foco do presente trabalho, que pretende discutir a evolução a partir da fundação da república.

Considera-se relevante estabelecer tal corte temporal porque, para o objetivo deste estudo (apresentar interpretação sobre a constitucionalidade dos *royalties* e colaborar com as discussões jurídicas e legislativas a respeito da referida receita), não se afigura razoável se aprofundar em normativos da época pré-republicana, afinal, naqueles tempos, a legitimidade da apropriação das riquezas do país, bem como o senso de justiça social, eram completamente distintos.

Outro ponto relevante a clarear em relação ao trabalho de Loureiro, é que enquanto aquele objetivou a análise histórica limitada aos normativos legais e suas discussões - aqui se pretende traçar um paralelo com a realidade fática que temos hoje em relação ao setor de petróleo, especificamente, trazendo um pouco de luz sobre a fórmula de cálculo, evolução da arrecadação e a validade da atual forma de distribuição, inclusive abordando, ainda que tangencialmente, a segunda maior fonte de receita do governamental do setor, a participação especial.

A participação especial, por ser cobrada somente em casos de resultados positivos no desenvolvimento dos campos (ao menos em teoria), foi incorporada na regulação do setor de petróleo como forma de destinar ao Estado a renda econômica da atividade exploratória - ou parte dela. Segundo Gobetti (2011), a renda econômica seria uma espécie de prêmio ao agente de mercado, sem vínculo com qualquer esforço adicional, ou seja, no caso do petróleo, seria ocasionada por campos com elevadas produtividades ou cenários de mercado que elevassem sobremaneira a lucratividade do setor. Em que pese as diferenças em suas naturezas, em termos de regulação legal da

distribuição dos recursos auferidos a título de participação especial no Brasil, o legislador estabeleceu critério de divisão similar ao dos *royalties*.

O foco aqui é, então, a partir da evolução normativa recente, especialmente pós abertura do mercado, e dos questionamentos levados ao poder judiciário, especialmente a ADI 4.917, tentar apresentar uma possível interpretação normativa moderna para o §1º do art. 20 da constituição, compatível com a riqueza que o setor pode propiciar ao país, levando-se em conta o pacto federativo.

Dito isso, registra-se que a análise da evolução normativa será dividida em dois momentos distintos: o primeiro iniciado em 1891 com a primeira constituição republicana brasileira até à abertura do mercado e o segundo iniciado em 1997 com a Lei 9.478/1997 - marco legal relativo à abertura do mercado - até os dias atuais.

Tal divisão se dá, essencialmente, por conta da radical mudança regulatória exigida no momento posterior à abertura do mercado, pois, se antes a Petrobras como empresa de economia mista controlada pela União era monopolista, última instância, a arrecadação a maior ou a menor das receitas oriundas do setor poderia ser considerada, de forma bastante simplória, como mero remanejamento de recursos, embora não se possa esquecer que tal remanejamento de recursos alteraria a divisão entre os beneficiários, dando margem a questionamentos sob o aspecto federativo.

Todavia, com a entrada de empresas privadas no setor, a má calibração das participações governamentais no setor pode inviabilizar alguns campos - se a maior - ou propiciar lucros excessivos às petrolíferas à custa dos parcos recursos da sociedade - se a menor.

Legislação anterior à abertura do mercado

A primeira constituição republicana brasileira, de 1891, definiu a titularidade das minas e jazidas aos respectivos proprietários das terras. Assim, os proprietários do subsolo seriam os privados, estados, municípios ou a União, conforme fosse a titularidade das terras, similar ao modelo americano vigente até os dias atuais.

No primeiro código de Minas republicano, datado de 1921, já aparecia, na possibilidade de um terceiro explorar a jazida, a previsão de duas obrigações econômicas em benefício do proprietário: (i) percentual do lucro líquido - participação nos resultados; e (ii) indenização, conforme destacado no texto abaixo transcrito:

Art. 38. Se as pesquisas forem feitas pelo manifestante de uma descoberta, terá este de requerer ao juiz da comarca o seu título de descobridor da mina. (...)

§1º Julgados bons os documentos para validar os direitos do descobridor, mandará o juiz publicar editais de citação ao proprietário, ou possuidor do solo, ou na falta destes, ao curador de ausentes, para proceder-se à avaliação dos terrenos de superfície, indispensáveis à lavra, e das benfeitorias, para indenização ao proprietário, bem como a avaliação da propriedade da mina ou jazida, observando-se o disposto no §2º, segunda parte, do art. 31 desta lei.
(...)

Art. 40. O proprietário poderá então associar-se ao descobridor na lavra da mina. Caso não o queira, além da indenização do §1º do art. 38, terá direito, à sua opção, ou a receber uma porcentagem nos lucros líquidos da exploração, que nunca excederá 3%, ou a uma quota por tonelada extraída do minério ou material, a qual não excederá de 3% do lucro líquido na venda dessa unidade.

Aqui, mostra-se importante registrar que desde aquela antiquíssima norma legal, já se previa dois tipos de pagamento, um vinculado a uma indenização, de forma a não prejudicar o hospedeiro da atividade exploratória e proprietário dos recursos naturais, e outro relativo a uma participação no resultado da exploração, de forma bastante similar ao que se tem na nossa constituição atual.

A constituição seguinte, de 1934, por meio do art. 118 segregou juridicamente a propriedade do solo da exploração ou aproveitamento industrial dos recursos do seu subsolo. Isso se mostra importante porque passou a prever que a exploração dependia de autorização ou concessão federal - nos termos daquela constituição -, já indicando uma possível alteração da titularidade dos recursos.

Vinte anos mais tarde, no período imediatamente posterior à Segunda Grande Guerra Mundial, o art. 27 da Lei 2.004/1953 conferiu o monopólio da pesquisa e lavra do petróleo à Petrobras e instituiu o pagamento do que denominou, inicialmente, de indenização aos Estados e Territórios onde se fizessem a lavra de petróleo:

Art. 27. A Sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar aos Estados e Territórios onde fizerem a lavra de petróleo e xisto betuminoso e a extração de gás, indenização correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás.

Neste ponto, cumpre registrar que o bem em discussão - petróleo - era de propriedade da União, por interpretação do art. 118 e 119 da constituição vigente, de forma que os resultados econômicos da lavra do recurso mineral seria apropriado por aquele ente federado, motivo pelo qual, não se fazia qualquer sentido a previsão de pagamento de "indenização" à proprietária e beneficiária dos resultados.

Já em relação aos Estados, entendeu-se preciso direcionar uma receita oriunda da exploração para que eles não fossem prejudicados pela criação da

infraestrutura necessária, suportando o ônus e os riscos da atividade exploratória, sem nenhum tipo de ressarcimento.

A Lei 3.257/1957, posterior, que alterou o citado artigo, manteve, em seu art. 27, a nomenclatura de indenização para os pagamentos a Estados e Territórios em que se fizesse a lavra do petróleo.

Em 1967, sob o regime militar, nova constituinte passou a vigorar no país. Essa nova Carta manteve a previsão constante da Constituição anterior, no sentido de que a exploração do subsolo não pertencia ao dono do solo e conferiu caráter constitucional à indenização que anteriormente estava mencionada em leis, conforme se observa, destacando que mais uma vez há a clara separação de duas formas de receitas: indenização e participação nos resultados.

Art 161 - As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2º - É assegurada ao proprietário do solo a, **participação nos resultados**, da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da **indenização**.

(...)

Art 162 - A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei. (grifei).

Importante destacar, aqui, que desde a constituição de 1967, então, já figurava no texto constitucional a distinção entre indenização e participação nos resultados da lavra. Assim, resta claro que se trata de duas espécies distintas de recebimento de recursos financeiros.

O Decreto Lei 523/1969, diante das descobertas de petróleo na plataforma continental acrescentou ao mundo jurídico a previsão de que as indenizações originárias daquele tipo de exploração seriam destinadas ao "Departamento Nacional da Produção Mineral, do Ministério das Minas e Energia, para constituição do Fundo Nacional de Mineração e ao Ministério da Educação e Cultura, para o incremento da pesquisa e do ensino de nível superior no campo das geociências."

Em 1985, a Lei nº 7.453, que regulou o texto constitucional no que diz respeito às indenizações do setor de petróleo e gás, definiu os percentuais relativos às indenizações que deveriam ser pagas aos demais entes federados relativos à exploração

de petróleo em seus territórios. No citado normativo, estabeleceu-se os percentuais de 4% para estados e 1% para os municípios, resultando em "indenizações" correspondentes a 5% sobre a receita bruta. Isso para extração terrestre.

No caso de exploração na plataforma continental, foco principal do problema atual, estabeleceu-se os mesmos 5% de "indenizações", entretanto, com alguma diferença na distribuição. Fixou-se em 1,5% aos Estados e Territórios confrontantes, 1,5% aos Municípios confrontantes e 1% para Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas, e 1% (um por cento) para constituir um Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios.

Neste ponto, deve-se aprofundar nas discussões ocorridas no âmbito do poder legislativo de forma a tentar extrair o melhor entendimento do normativo. Nesse sentido, registra-se que no discurso do então deputado Luís Fernando Bocaiuva Cunha há a menção de *royalties* no sentido de indenização:

Em resumo, o Senado, ontem, aprovou aquilo que é uma reivindicação básica do Estado do Rio de Janeiro e de mais nove Estados da Federação, qual seja, o pagamento de *royalties* pela exploração de petróleo em suas plataformas continentais. O projeto aprovado no Senado, com emenda do Senador Jorge Kalume, do PDS do Acre, **estabelece que é também devida a indenização aos Estados, Territórios e Municípios confrontantes**, quando o óleo, o xisto betuminoso e gás forem extraídos da **plataforma continental**, nos mesmos 5% fixados no caput deste artigo, distribuídos da seguinte forma: 2% aos Estados e Territórios, 2% aos Municípios e às suas respectivas áreas geoeconômicas e 1% ao Ministério da Marinha - e esta é a grande novidade dessa emenda - para **atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas** das referidas áreas. (grifei).

Em outro documento da época, o pedido de urgência também deixa claro que o legislador tratava a indenização como *royalties*: "o requerimento está assinado por todos os líderes partidários, inclusive pelo nobre Deputado Pimenta da Veiga, a quem rendo minhas homenagens. Trata-se do projeto que concede *royalties* ao Estado do Rio de Janeiro, sobretudo.". O texto final contou com a seguinte argumentação:

Posteriormente, em 1969, o Decreto-lei nº 523, de 8 de abril de 1969, modificou o art. nº 27 da Lei nº 2.004, estabelecendo que a **indenização pelo óleo e gás extraídos da plataforma continental**, ao invés de se destinar aos Estados e Municípios, deveria sê-lo ao Departamento Nacional de Produção Mineral, do Ministério das Minas e Energia, para constituição do Fundo Nacional de Mineração, e ao Ministério de Educação e Cultura para incremento da pesquisa e do ensino de nível superior no campo das geociências. Este projeto, que vem do Senado, Sr. Presidente e Srs. Deputados, busca restabelecer o princípio anterior, para que também a **indenização pelo óleo e gás extraídos da**

plataforma continental seja destinada aos Estados e Municípios na proporção estabelecida no projeto, de 2% aos Estados e Territórios, 2% aos Municípios e suas áreas geoeconômicas e 1% para o Ministério da Marinha. Sr. Presidente, este projeto vem tramitando há algum tempo e, em torno dele, muitas negociações foram feitas na área do Executivo para viabilizar sua aprovação no Congresso Nacional. (grifei).

Assim, o texto do substitutivo, para permitir a sua aprovação no Congresso Nacional, acabou incluindo, entre os beneficiários de indenização pela exploração de petróleo na plataforma continental, os estados e municípios que não seriam diretamente afetados por aquelas atividades exploratórias. O texto final estabeleceu, então, o percentual de 1% para esses entes, aparentemente, mais por questões de atuação de grupos de interesses na tramitação legislativa - força parlamentar dos estados não afetados - do que por rigor técnico relacionado às indenizações devidas, dando início à desvirtuação da compensação financeira em prol do "pacto federativo", supostamente para a redução das desigualdades regionais. Assim ficou o texto aprovado:

Art. 27. A Sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar **indenização** correspondente a 4% (quatro por cento) aos Estados ou Territórios e 1% (um por cento) aos Municípios, sobre o valor do óleo, do xisto betuminoso e do gás extraídos de suas respectivas áreas, onde se fizer a lavra do petróleo.

(...)

§ 4º - É também devida a **indenização** aos Estados, Territórios e Municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da **plataforma continental**, nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no caput deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Territórios; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios e suas respectivas áreas geoeconômicas, 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas, e **1% (um por cento) para constituir um Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios**. (grifei).

Essa disposição normativa constante da Lei 7.453/1985 inaugurou o recebimento de indenizações - *royalties* - por entes federados não diretamente afetados, sem apresentar relação direta de causalidade para a definição legal de tal indenização.

No texto constitucional seguinte, já no período de redemocratização do país, a Constituição de 1988 atribuiu expressamente à União a propriedade de recursos minerais, inclusive os do subsolo, bem como os recursos da plataforma continental e da zona econômica exclusiva. Ainda, manteve a presença dos dois termos relativos aos recursos provenientes da exploração e produção do petróleo e gás natural, de forma similar ao que se tinha na constituição anterior: compensação financeira e participação no resultado. Art. 20, §1º, da Constituição de 1988:

§ 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, **participação no resultado** da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou **compensação financeira** por essa exploração. (grifei).

A Constituição de 1988, em relação ao setor de petróleo e gás natural - em sua versão original - manteve com a União o monopólio da pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural. Um ponto que merece destaque em relação à CF 1988 relacionada ao setor de petróleo é que ela passou a prever, explicitamente, a previsão de compensação financeira a órgãos da administração direta da União impactados pela atividade exploratória.

Foi editada, no ano seguinte à atual Constituição Federal, a Lei 7.990/1989 que instituiu compensação financeira pela utilização de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e pela exploração de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva. Quanto à exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural, a lei alterou dispositivos na norma então vigente por meio de seus arts. 7º, 8º e 9º. Em relação a esses artigos, chama atenção o fato de que o legislador deixou bastante claro, no art. 8º, que a compensação financeira a ser paga se tratava de indenização:

Art. 8º O pagamento das **compensações financeiras** previstas nesta Lei, inclusive o da **indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural** será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do mês subsequente ao do fato gerador, vedada aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal. (grifei).

Para os fins a que se dedica este trabalho, todavia, o mais importante do mencionado diploma legal não é exatamente o texto do normativo, mas a exposição de motivos apresentadas pelo relator, o então Senador da República Ronan Tito que, em sua justificação para submeter à apreciação do Congresso Nacional a lei em discussão, ressaltou a importância de se compensar financeiramente os entes federados afetados pela exploração de um recurso mineral, como se observa do excerto seguinte:

O pagamento de **indenização** aos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios pelo aproveitamento de recursos naturais em seus territórios já está, como princípio, consagrado em lei, no caso da exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural. A Lei nº 2.004, de 13 de outubro de 1953, em seu art. 27, já estabeleceu o justo mecanismo de **compensação financeira** ou **indenização** aos Estados, Territórios e Municípios, pela exploração, em seus territórios, daqueles recursos minerais. (...)

Nos anos anteriores à elaboração da nova Carta constitucional já transitavam pelo Congresso Nacional diversos projetos de lei estendendo o princípio do pagamento da **indenização** aos casos de exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de recursos minerais para fins de aproveitamento econômico. Nada mais justo. Se com sabedoria entendeu o legislador que a exploração do petróleo em terra ou até mesmo na afastada plataforma continental deveria propiciar **indenização aos Estados e Municípios atingidos**, quanto mais a exploração de recursos hídricos e minerais que, obviamente, atinge e traz consequências muito mais danosas para a economia e para o meio ambiente daquelas regiões.

A nova Constituição, como não poderia deixar de fazê-lo, estendeu aos Estados e Municípios o direito a uma **compensação** pela exploração de seus recursos hídricos e minerais (art. 20, § 1º). Além do mais, o novo texto constitucional caracterizou-se e notabilizou-se por uma elevada preocupação com a preservação do meio ambiente, explicada nos termos do seu art. 225, preocupação essa que de certa maneira justifica e confirma a necessidade de provimento de recursos específicos para esse fim, oriundos do aproveitamento econômico dos recursos explorados nos territórios estaduais e municipais.

Não se discute mais, portanto, a necessidade, a conveniência ou até mesmo a justiça do fato da compensação financeira; ao legislador cabe, neste momento e por determinação constitucional, tão somente promover a implementação do dispositivo constitucional através de lei ordinária. Esse é, precisamente, o objeto deste projeto de lei. (grifei).

O referido parlamentar registrou, ainda, quatro parâmetros básicos - de natureza técnica e política - que orientaram e justificaram os percentuais e critérios de distribuição das compensações financeiras. Vale trazer a transcrição dos referidos parâmetros básicos para deixar assente a vontade do legislador àquele tempo que, preocupado em manter coerência com as regras constitucionais, definiu o que seria a compensação financeira, inclusive destacando a importância de, no âmbito da previsão constitucional concedida, compensar também órgãos da Administração Direta da União afetados com as atividades econômicas vinculadas à exploração do petróleo:

(...) **Em primeiro lugar, levou-se em consideração que os Municípios são, em princípio, os mais direta e imediatamente atingidos em razão da exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;** essa percepção levou ao estabelecimento de percentuais ligeiramente superiores aos dos Estados na distribuição dos recursos, ou até mesmo da exclusividade, no caso de certos recursos minerais. (...). Procurou-se, em terceiro lugar, ao se fixarem os percentuais de **compensação, analisar cuidadosamente os setores econômicos envolvidos, de tal sorte a não serem inviabilizados por exigência de pagamento de percentuais aleatórios e irreais**, que poderiam até mesmo vir a comprometer, no todo ou em parte, os respectivos setores sujeitos ao pagamento das compensações.

Um quarto e último parâmetro diz respeito à inclusão, na categoria de beneficiários da **compensação, de órgãos da administração direta da União**, como aliás preceitua o próprio art. 20, § 1º da Constituição. Com o intuito de preservar e promover o desenvolvimento dos setores elétrico e mineral, destina este projeto uma parcela dos recursos provenientes do pagamento da compensação aos dois órgãos gestores daqueles setores, ambos do Ministério

das Minas e energia, com aplicação dos recursos vinculada no texto da lei. (...).
(grifei).

Como se pode observar, os argumentos apresentados foram no sentido de que a compensação financeira a ser auferida pelos entes federados está vinculada a uma indenização relacionada a custos e riscos econômicos, sociais e ambientais a serem suportados pelos entes federados e órgãos públicos afetados pela exploração. Houve, inclusive, destaque para que os percentuais relativos a tais compensações financeiras não fossem aleatórios ou irreais, de forma a não prejudicar os investimentos no setor.

Neste ponto, deve-se fazer o registro que a compensação financeira deveria então ser suficiente para indenizar os entes afetados, mas não maior que isso, para não prejudicar os investimentos no setor. Ou seja, até o ponto de indenização não se abre mão dos valores a serem percebidos pelo Estado sob a forma de receita, pois, caso contrário, a sociedade estaria arcando com os custos de um projeto inviável do ponto de vista dos custos que ele traria para a sociedade.

Registre-se, neste ponto, que em relação à compensação financeira (indenização) relativa à exploração petrolífera, as leis atribuíam até àquele momento a responsabilidade pelo recolhimento e pagamento para a Petrobras e suas subsidiárias, face ao monopólio até então existente.

Entretanto, por meio da Emenda Constitucional nº 9, de 1995, introduziu-se o parágrafo 1º do art. 177 em que se permitiu contratar com empresas estatais ou privadas a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo - o que marca legalmente o fim do monopólio estatal.

Abertura do mercado

Antes de adentrar nas discussões relacionadas às alterações legislativas do período pós abertura do mercado, considera-se importante destacar que antes dessa abertura do mercado, havia um fator atenuante das possíveis imprecisões de dimensionamento dos valores a serem pagos a título de compensação financeira (ou indenização), pois, se a Petrobras (empresa de economia mista controlada pelo governo) era a única pagadora de tais compensações financeiras, caso o dimensionamento de tais percentuais não fosse bem ajustado (para mais ou para menos), o recurso ainda assim permaneceria na Administração Pública (ainda que indireta), muito embora pudesse haver alguma discussão a respeito da justa divisão dos recursos entre os entes federados,

o que deixou de ser verdadeiro após a abertura do mercado e entrada de agentes privados.

Portanto, mais importante é hoje o adequado dimensionamento dos *royalties* (indenizações): se por um lado pode ser insuficiente para a compensação financeira, lesando o interesse da sociedade, por outro pode ser superestimado, também lesando o interesse da sociedade por prejudicar a atividade econômica e pelos seus efeitos de injustiça social face à sua não igualitária divisão entre os Entes Federados.

Feito o destaque e passando a abordar a evolução normativa do período, registra-se que com a autorização concedida pelo constituinte reformador, para que se promovesse a abertura do mercado a agentes privados, foi promulgada a Lei 9.478/1997 que regulamentou tal abertura e, não por acaso, é conhecida como a Lei do Petróleo.

Até o ano de 1997, então, o pagamento de compensação financeira era vinculado aos efeitos sociais e ambientais do processo de exploração do recurso natural da União, tratado como indenização, embora, conforme já mencionado, a partir da Lei 7.453/1985, entes federados que não se enquadravam nos conceitos de atingidos ou afetados, passaram a receber 1% a ser dividido entre todos eles.

A Lei do Petróleo promoveu severas alterações no setor de óleo e gás do Brasil, inclusive a criação da Agência Nacional do Petróleo (ANP), inaugurando a fase de regulação do setor. Em se tratando do ponto que se discute, a Lei do Petróleo estabeleceu, em seu art. 47 e § 1º, o percentual padrão de 10% para os *royalties*, podendo ser reduzidos até o limite de 5%, a depender de critérios a serem analisados pela ANP.

No momento da edição da Lei do Petróleo, talvez pela complexidade dos assuntos tratados, perdeu-se a menção a compensação financeira e indenizações, tanto no texto da lei quanto na justificção apresentada pelo então Ministro de Estado de Minas e Energia Raimundo Brito. Apesar disso, preocupou-se em manter parcelas mais significativas dos recursos aos estados e municípios diretamente atingidos.

Essa perda de vínculo legal entre os *royalties* e as compensações financeiras (indenizações) deu prosseguimento à desvirtuação do caráter indenizatório da receita, destinando parte dos recursos dos *royalties* - seguindo o que teve início pela Lei de 7.453/1985 - para o Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios, independentemente de comprovação de algum tipo de afetação

econômica ou ambiental, e cuja divisão seguiu princípios e critérios sem nenhuma correlação com a afetação da atividade exploratória - foi definido que tais recursos seriam distribuídos conforme as regras do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

Todavia, nota-se que o Decreto 2.705/1998 que definiu os critérios de cálculos e forma de cobrança desses *royalties* estabelecidos, preocupou-se em registrar de forma clara que os *royalties* se referiam à compensação financeira prevista no §1º do art. 20 da Constituição Federal:

Art 11. Os *royalties* previstos no inciso II do art. 45 da Lei nº 9.478, de 1997, **constituem compensação financeira** devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, e serão pagos mensalmente, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção, **vedada quaisquer deduções**. (grifei).

Posteriormente, face às grandes descobertas de petróleo na região conhecida como província do pré-sal brasileiro, o governo e o legislativo da época decidiram instituir o regime de partilha de produção, o que foi positivado no sistema jurídico por meio da Lei 12.351/2010, em uma tentativa do governo de maximizar a apropriação de recursos oriundos da exploração dessas reservas.

Em relação especificamente aos *royalties*, destaca-se que a referida lei aumentou a alíquota para o regime de partilha de produção, passando de 10% padrão - que poderia ser reduzido até 5% - para 15%. Ora, aqui, um primeiro ponto de atenção é que não se vislumbra - nem foi arguido isso nas exposições de motivos referentes à tramitação legislativa - um custo proporcionalmente maior em termos sociais e econômicos que justificasse a majoração no percentual de *royalties* a ser cobrado, aliás, na verdade, o que se imagina, pela produtividade esperada - e que já vem se materializando -, é que, proporcionalmente, os efeitos indenizáveis aos Estados e Municípios afetados são inferiores, o que poderia resultar arguição de inconstitucionalidade da norma, embora seja bastante difícil de ser comprovado de forma inequívoca.

Ainda, a Lei da Partilha manteve inalterada a forma de divisão dos *royalties* estabelecidas pela Lei do Petróleo - que seguiu a distribuição elaborada pela Lei 7.453/1985 -, que, sem justificativa adequada, decidiu por ratear parte dos recursos caracterizados como compensações financeiras a Estados e Municípios que não se comprovou ser diretamente afetados pela atividade exploratória da produção de

petróleo, manteve a figura do Fundo Especial que é distribuída entre os Estados e Municípios não afetados sob a regra do FPE e FPM, muito embora tenha reconhecido no próprio texto da lei se tratar de compensação financeira:

XIII - *royalties*: compensação financeira devida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, nos termos do § 1º do art. 20 da Constituição Federal.

(...)

§ 1º Os ***royalties* correspondem à compensação financeira** pela exploração de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, vedada sua inclusão no cálculo do custo em óleo. (grifei).

Dando sequência à série de alterações legislativas face ao novo contexto de exploração e desenvolvimento de campos de petróleo na região da plataforma continental e zona econômica exclusiva brasileira, no ano de 2012 o congresso aprovou e foi sancionada a Lei 12.734/2012, que modificou a Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo) e a Lei 12.351/2010 (Lei da Partilha), especialmente no que diz respeito às regras de distribuição dos *royalties* e das participações especiais, conforme resta claro pela leitura do seu art. 1º.

Destaca-se, contudo, que o referido diploma fez questão de trazer de forma explícita, mais uma vez, que os *royalties* correspondem ao que a constituição definiu como compensação financeira, conforme se verifica abaixo:

Parágrafo único. Os ***royalties* correspondem à compensação financeira** devida à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios pela exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição. (grifei).

Ocorre que, apesar do exposto reconhecimento no texto legal de que os *royalties* teriam natureza compensatória - portanto indenização -, a Lei em questão (Lei 12.734/2012) manteve a destinação de recursos arrecadados a título de *royalties* ao Fundo Especial, que é dividido entre os Estados e Municípios não afetados diretamente pela atividade exploratória - frise-se, sem nenhuma justificativa técnica relacionada ao caráter indenizatório.

Destaca-se que a Lei em questão surgiu de uma Proposta de Lei do Senado Federal, de autoria do Senador Wellington Dias (PT/PI), em que se propôs, supostamente, uma divisão mais justa das riquezas oriundas do petróleo brasileiro. Em sua justificação apresentada, não há qualquer menção sobre o caráter indenizatório dos

royalties, mas tão somente a busca por uma distribuição mais "equânime" dos recursos. Destaca-se, também, que a justificação apresentada trata de igual forma *royalties* e participações especiais, como se instrumentos equivalentes fossem. Veja-se trechos extraídos:

Este PLS tem por objetivo propor uma **divisão mais justa das participações governamentais decorrentes da exploração do petróleo**. Em 2010, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei (PL) nº 5.940, de 2009, que propunha uma nova forma de distribuição dos recursos de *royalties* e de participação especial.

(...)

Neste PLS retomamos a proposta de dividir entre todos os estados e municípios, confrontantes ou não, os *royalties* e participação especial, para o óleo extraído em mar, de acordo com os critérios de rateio previstos no FPM e FPE.

(...)

Ao mesmo tempo, nossa proposta prevê que a **riqueza do petróleo será mais equanimente distribuída entre os entes da federação**. Trata-se de uma **proposta justa, tendo em vista que os recursos do subsolo pertencem à União, ou seja, a todo o povo brasileiro**. Não faz assim sentido manter a distribuição atual, em que mais da metade dos *royalties* e participação especial são destinados para poucos estados e municípios privilegiados. (grifei).

Já na Câmara dos Deputados, o parecer do Exmo. Deputado Carlos Zarattini que atestou a constitucionalidade do projeto analisado, há novamente o reconhecimento de que os recursos obtidos a título de *royalties* se caracterizariam como compensação financeira - diferentemente do que havia sido inicialmente proposto pelo Senador Wellington Dias -, mas, no teor do parecer pela constitucionalidade, o argumento utilizado para a destinação de recursos ao Fundo Especial se baseia no desenvolvimento regional daqueles entes que nada receberiam das receitas da riqueza que seria de todos os brasileiros, ou seja, novamente não há vinculação da destinação dos recursos com a sua natureza indenizatória, conforme trechos destacados:

Desde logo, gostaria de deixar claro que entendo que os critérios de distribuição de *royalties* e participação especial constantes do Projeto de Lei nº 2.565, de 2011, promovem redução das receitas dos entes confrontantes e dos municípios afetados por instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural em intensidade e ritmo exagerados. Estou convencido, todavia, de que o grande aumento da arrecadação de *royalties* e participação especial que se espera em horizonte de médio e longo prazos, de acordo com as melhores previsões oficiais disponíveis, possibilita contemplar os legítimos anseios de 25 estados e cerca de 5.500 municípios que não recebem praticamente nada atualmente, sem deixar de atender as justas preocupações dos entes confrontantes.

Mais uma vez, o discurso constante no parecer tenta passar a ideia de que *royalties* e participações especiais seriam instrumentos similares de arrecadação estatal,

contrariando o surgimento da cobrança e a sua evolução normativa e a própria origem da palavra.

Diante de tal fragilidade jurídica e das elevadas cifras envolvidas, o Estado do Rio de Janeiro, por se considerar prejudicado, decidiu por judicializar a questão por meio da ADI 4.917 que será abordada no tópico seguinte.

5. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAL REGULAÇÃO DOS ROYALTIES

Apresentada a evolução legislativa do início do período republicano brasileiro, em que se conclui que os *royalties* são o que a constituição definiu como compensação financeira, passa-se a estudar a questão a ser debatida no presente trabalho: a destinação de recursos de *royalties* ao Fundo Especial, cuja distribuição se dá a partir dos mesmos critérios do FPE e FPM - sem nenhuma relação com compensação financeira -, coaduna-se com o mandamento insculpido no §1º do art. 20 da Constituição Federal?

Para tal feito, inicia-se a apresentação dos argumentos e o debate pela demonstração da diferença metodológica de cálculo, principalmente da base de cálculo, entre os *royalties* (objeto de estudo) e a receita relativa às participações especiais. Em seguida, serão apresentados e debatidos os principais argumentos constantes nas manifestações ínsitas à ADI 4.917. Por fim, ainda neste tópico, será apresentada uma conclusão da análise.

A diferença no cálculo das receitas indenizatórias e participação nos resultados

Para melhor fundamentar as análises que serão realizadas a respeito da possível desvirtuação que estaria ocorrendo a respeito do caráter indenizatório das receitas oriundas dos *royalties* do petróleo, abordadas em relação à ADI 4.917, mostra-se oportuno, preliminarmente, apresentar algumas diferenças metodológicas sensíveis que se relacionam com a forma de cálculo dos *royalties*, fazendo um paralelo resumido com a forma de cálculo das participações especiais, de forma a demonstrar diferenças básicas e fundamentais.

Utilizou-se a comparação dessas duas formas de receitas por serem hoje as receitas governamentais diretas mais expressivas relacionadas ao setor de petróleo - conforme apresentado no texto introdutório - e, por isso mesmo, mais disputadas entre os entes federados.

Um primeiro ponto que se destaca, aqui, é que o constituinte, no texto do §1º do art. 20 da CF, deixou assente duas espécies distintas de receitas oriundas do petróleo: (i) compensação financeira - que aqui se entende os *royalties* -; e (ii) participação nos resultados. Ora, em uma análise hermenêutica do texto constitucional, seguindo o princípio basilar *verba cum effectu sunt accipienda*, segundo o qual as leis não possuem palavras sem efeito, é de se concluir, então, que no mínimo dois tipos de receitas de natureza distintas devem haver relacionadas à atividade de produção de petróleo: (i) as de natureza compensatória e (ii) as de natureza de participação nos resultados.

Como já registrado, o presente trabalho se debruça sobre aquela que se entende de natureza compensatória - *royalties* - e a análise de constitucionalidade da forma de distribuição definida nos textos legais, relacionadas ao Fundo Especial, que se destina a todos os estados e municípios, e que possui por critério de distribuição o FPE e FPM. Todavia, para efeito de possibilitar uma análise comparativa, de forma a melhorar e reforçar o entendimento, bem como pela proximidade do assunto, algumas considerações precisarão ser feitas a respeito das receitas relacionadas às participações no resultado.

Se de uma forma defende-se que os *royalties* são o que a constituição denominou **compensação financeira** - conforme entendimento firmado pela origem histórica dos *royalties* e sua evolução normativa -, de outra forma, a participação especial, ainda que por rito cognição sumária, deve ser entendida como receita relacionada à participação nos resultados, instituída no sentido de apropriar ao Estado a renda econômica da atividade exploratória, conforme definição apresentada por Gobetti (2011).

Explica-se: **independentemente do resultado**, positivo ou negativo ou neutro, da atividade de exploração e produção de petróleo em determinado campo, os *royalties* serão sempre pagos ao governo, desde que haja produção, uma vez que são calculados com base na receita bruta de cada campo (quantidade x preço), conforme art. 47 da Lei do Petróleo:

Art. 47. Os *royalties* serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a **dez por cento da produção de petróleo ou gás natural**.

§ 1º Tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente,

a redução do valor dos *royalties* estabelecido no *caput* deste artigo para um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção.

Importante tal inteligência regulatória, pois, tendo o caráter indenizatório, a sua cobrança com base na receita bruta tenta evitar que projetos deficitários - em termos de resultados - impactem negativamente as contas dos entes federados e órgãos da administração direta que precisaram se estruturar por meio de dispêndio financeiros - por vezes vultosos - para receber tais investimentos.

Portanto, não seria interesse dos estados e municípios hospedeiros, tampouco de órgãos da administração direta federal, e, em última instância, da sociedade como um todo, arcar com todos os gastos relacionados aos projetos do setor de petróleo, que são vultosos e de alto risco, além do que, com alta assimetria de informação a favor dos agentes de mercado, assumindo os custos da infraestrutura sem a certeza de um mínimo de retorno relacionado às indenizações necessárias.

Já a participação especial se afigura como uma forma de apropriação de renda relacionada aos resultados positivos exploratórios por parte do Estado, afinal, segundo o próprio normativo que a instituiu (Lei 9.478/1997) ela será calculada depois de deduzidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor:

Art. 50. O edital e o contrato estabelecerão que, nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, haverá o pagamento de uma participação especial, a ser regulamentada em decreto do Presidente da República.

§ 1º A participação especial será aplicada sobre a receita bruta da produção, deduzidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor.

Ou seja, sem a intenção de aprofundar em receitas que não os *royalties*, destaca-se que a Lei do Petróleo instituiu, em seu art. 50, o que se denominou "participação especial" nos resultados da atividade econômica petrolífera. Portanto, precisa-se de um projeto com resultados positivos para que essas receitas sejam auferidas pelo governo e distribuída entre os beneficiários estipulados em lei, portanto, receita vinculada ao que a Constituição definiu como participação nos resultados.

De forma comparativa, e tendo por base o entendimento de outro trecho do texto constitucional - inciso XI do art. 7º - verifica-se a similaridade entre o que o constituinte considera participação nos resultados. Nesse dispositivo constitucional, o legislador decidiu dar direito aos trabalhadores a se apropriarem de parte dos resultados das empresas contratantes, o que, obviamente, depende de resultado positivo:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

Assim, de forma bastante simplificada, do ponto de vista contábil, as contas de resultado utilizadas na contabilidade são as receitas e despesas, as quais possibilitam calcular o resultado empresarial de determinado exercício, que é feito por meio da Demonstração de Resultados do Exercício (DRE). Normalmente, em entidades empresariais mais comuns, que visam lucros, os resultados são expressos em lucros (positivos) ou prejuízos (negativos).

Vale, neste ponto, rememorar o inteligente texto constante do Código de Minas de 1921, quando diferenciou indenização de participação nos resultados. Naquele normativo, a necessidade de indenização independia do resultado econômico e contábil da exploração (lucro ou prejuízo), sendo sempre devida, assim como o entendimento que se firma a respeito dos *royalties*. De outra sorte, a participação nos resultados se calculava com base no lucro líquido do explorador, ou seja, dependia da ocorrência de resultado contábil positivo para ser devido, similar à atual participação especial:

Art. 40. O proprietário poderá então associar-se ao descobridor na lavra da mina. Caso não o queira, **além da indenização** do §1º do art. 38, terá direito, à sua opção, ou a receber uma **porcentagem nos lucros líquidos** da exploração, que nunca excederá 3%, ou a uma quota por tonelada extraída do minério ou material, a qual não excederá de 3% do lucro líquido na venda dessa unidade. (grifei).

Portanto, frise-se que enquanto se deve entender os *royalties* como o que a Constituição denominou "compensação financeira" - e são devidos independentemente do resultado dos projetos - as participações especiais são aqui entendidas como parte do que a constituição denominou "participação nos resultados" - devidas somente quando o campo apresenta resultado positivo. Registre-se que outras formas existem para a captação dos resultados da exploração, principalmente o imposto de renda das pessoas jurídicas e, mais recentemente, foi criado o regime de partilha da produção em que a participação nos resultados se dá sob a forma de percentual do óleo excedente, não de participação especial, mas que não são o foco do presente trabalho.

Reforça-se, então, a necessidade de separar, para efeito de análise de constitucionalidade dos critérios de distribuição, *royalties* das demais participações governamentais oriundas da produção de petróleo, uma vez que *royalties* são o que se entende por compensação financeira e, por assim ser, possuem vinculação a

indenizações. Este ponto foi objeto de discussão na fundamentação da decisão monocrática da Exma. Ministra Carmem Lúcia no âmbito da ADI 4.917, que passa a ser tratada a seguir.

ADI 4.917

Conforme mencionado alhures, dada a fragilidade das novas regras de distribuição dos recursos dos *royalties* promovida pela Lei 12.734/2012, o Governo do Estado do Rio de Janeiro se insurgiu contra os critérios de distribuição dos recursos e ingressou no Supremo Tribunal Federal (ADI 4917) contra as mudanças promovidas pelo referido diploma legal. Passa-se, neste tópico, a abordar a discussão que se desenvolve no âmbito da Corte Suprema do país a esse respeito.

Em março de 2013, o então governador do Rio de Janeiro, Sr. Sérgio Cabral, inconformado com a destinação de parte dos recursos oriundos dos *royalties* do petróleo a Estados e Municípios não diretamente afetados pela atividade exploratória, em especial as mudanças promovidas na legislação por meio da Lei 12.734/2012, decidiu ingressar no STF ação em que se discute a constitucionalidade de tal destinação de recursos.

Um primeiro destaque a ser feito a respeito da discussão que se iniciou no âmbito do judiciário é que o Estado do Rio de Janeiro ingressou com a ação em que definiu como objeto "Inconstitucionalidade da Lei Nº 12.734/2012, na parte que altera dispositivos das Leis Nº 9.478/1997 e 12.351/2010 referentes à distribuição dos ***royalties do petróleo***". O trecho seguinte expressa esse inconformismo:

A busca voraz por recursos, sem atenção aos custos morais e jurídicos, constitui uma ladeira escorregadia. A questão dos *royalties* é exemplar a esse respeito. Quando o debate começou, logo após a descoberta das reservas do pré-sal, pediu-se ao Estado do Rio de Janeiro que se conformasse em abrir mão de parte da receita a que fazia jus, nos termos da legislação em vigor. Somente em relação ao pré-sal, dizia-se. Aos poucos, no entanto, foi-se tentando introduzir legislação para afetar também a participação dos Estados produtores em áreas situadas fora do pré-sal. E, agora, não pretendem respeitar sequer as receitas referentes a concessões firmadas há anos.

O que o Estado do Rio de Janeiro inicialmente definiu como escopo da ação seria, essencialmente, a distribuição de somente uma das receitas governamentais oriundas da produção de petróleo: os *royalties*. Todavia, como já vinha ocorrendo no âmbito das discussões legislativas - como se demonstrou no desenvolvimento do tópico precedente - em algumas partes da petição inicial também há menção às participações especiais. É de suma importância tal registro porque a discussão jurídica acabou se

desvirtuando - de igual forma ao ocorrido no âmbito do legislativo -, como se verá, para uma discussão acerca da justa distribuição das receitas governamentais do petróleo, mais especificamente, *royalties* e participações especiais:

A tese central da presente ação direta é a de que o pagamento de ***royalties* e participações especiais** insere-se no pacto federativo originário da Constituição de 1988, sendo uma contrapartida ao regime diferenciado do ICMS incidente sobre o petróleo (pago no destino, e não na origem), bem como envolve, por imperativo do art. 20, §1º, uma compensação pelos ônus ambientais e de demanda por serviços públicos gerados pela exploração desse recurso natural. (...). (grifei).

Em decisão monocrática adotada no âmbito da referida ADI, a ministra Cármen Lúcia suspendeu, em caráter cautelar, dispositivos que preveem novas regras de distribuição dos *royalties* do petróleo contidas na Lei 12.734/2012. Em sua decisão, a ministra sustentou que o direito ao recebimento da indenização (*royalties*) adviria da condição territorial ou ônus que teriam de suportar aqueles que são diretamente afetados.

No despacho que fundamentou a decisão cautelar exarada pela Ministra Carmem Lúcia, há a afirmação de que a compensação financeira prevista constitucionalmente seria materializada pelos *royalties*, mas, logo em seguida, há afirmação que demonstra novamente a confusão da discussão entre *royalties* e participações especiais:

Na argumentação do Autor, a atuação do poder legislativo nacional – possível na matéria e para o caso – teria inobservado os limites constitucionais: a) ao determinar critérios determinantes de **compensação a todos os Estados e Municípios, sem considerar a natureza indenizatória dos *royalties***, do que decorre que aquele que não sofre danos não tem direito a receber para permanecer indene (não há o que indenizar); b) retirando dos Estados e Municípios recebedores, por direito - segundo alegação posta na peça inicial da ação -, valores que lhes são devidos para serem repassados a quem não dispõe do direito constitucional a esse recebimento; c) ao provocar ou permitir o enfraquecimento de algumas entidades federadas em benefício de outras, em afronta às normas constitucionais (máxime ao regime fixado a partir das balizas definidas nos arts. 20, § 1º e al. b do inc. X do § 2º do art. 155 da Constituição), o que agrediria o princípio federativo, em sua formulação constitucional, não podendo ele ser alterado pelo legislador ordinário;

(...)

18. As razões expostas na petição inicial, fundadas na jurisprudência deste Supremo Tribunal, denotam a densa plausibilidade da alegada inconstitucionalidade de algumas das novas regras legais, especialmente aquelas promulgadas em 15.3.2013, modificando-se critérios de pagamento de ***royalties* e de participações dos Estados e dos Municípios**.

(...)

29. A alteração legislativa promovida, a aquinhoar Estados e Municípios não ajustados nas condições territoriais constitucionalmente descritas, com

participação nos resultados da exploração de petróleo e gás natural ou com valores compensatórios, mostra-se dissonante da norma constitucional apontada como paradigma.

Nas manifestações seguintes relativas à ADI 4.917, em que se defendeu a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei sob análise - apresentadas pelo Senado Federal, Advocacia Geral e outros entes que ingressaram no processo como *amicus curi* (inúmeros Estados e Municípios, vide tramitação do processo no STF) -, seguiu-se a linha mestra argumentativa de que a distribuição dos **royalties e participações especiais** de forma mais igualitária resultaria em melhor conformação com a intenção da constituição federal, quando estipulou em seus princípios a **redução das desigualdades**.

O agravo apresentado pelo Senado Federal sustentou que embora seja evidente que os dispositivos atacados da lei reduzam proporcionalmente as receitas dos estados e municípios afetados, tal alteração não violaria a norma constitucional. Fez isso num entendimento de que *royalties* e participações especiais seriam receitas de natureza similares, quando aqui se defende que não o são. Veja-se excerto seguinte:

Muito embora evidente que a redefinição dos percentuais (e não do modelo distributivo, que não foi alterado da Lei n. 9.478/97 para a Lei n. 12.734/2012) de **distribuição de royalties e das participações especiais** implica a redução do percentual de estados e municípios confrontantes, essa alteração não viola texto explícito da Constituição, porque a norma constitucional possui eficácia limitada e, como tal, seu âmbito de aplicação deve ser definido na legislação infraconstitucional.

Tal constatação basta para que se assegure ao Parlamento o espaço de decisão **política para a revisão dos percentuais de distribuição, permitindo que os recursos, originalmente da União, sejam distribuídos de modo mais equânime** entre os entes da federação, especialmente no presente caso, no qual o princípio da proporcionalidade foi devidamente observado. (grifos alterados).

Ora, entendidos como a compensação financeira constitucionalmente estabelecida, os *royalties*, ao contrário do que se defende no trecho transcrito, não poderiam ser caracterizados como recursos originalmente da União, pois, embora arrecadado por ela, devem ser obrigatoriamente repassados aos entes legitimamente estabelecidos para receber os recursos indenizatórios - por força de mandamento constitucional -, refutando tal argumento. Também não faz sentido argumentar sobre distribuição mais equânime de recursos de natureza indenizatória, pois, em última análise, deveriam ser recursos necessários e suficientes para anular determinado impacto causado, somente isso.

Em outro trecho do documento citado, o Senado Federal defendeu que estaria havendo uma "sobrecompensação" aos Estados produtores, caso o entendimento fosse de que as receitas dos *royalties* e das participações especiais fossem destinadas exclusivamente àqueles entes:

E aqui, temos de reconstruir o caminho lógico dos fatos, que comprovam a desproporcionalidade da divisão anterior: (i) o surgimento inesperado de novas reservas de petróleo e gás ao longo dos últimos anos gerou um incremento exponencial da produção e, conseqüentemente, das receitas oriundas dos *royalties*; (ii) aliado a isso, tivemos uma valorização enorme do preço do barril de petróleo no mercado internacional; (iii) assim as receitas geradas pela exploração aos Estados e Municípios impactados pela cadeia produtiva do petróleo em muito passaram a sobejar o razoavelmente necessário à mitigação dos impactos sociais, econômicos e ambientais. Portanto, muito do que os Estados produtores recebem hoje como receita de *royalties*, em realidade, prestam-se menos a compensá-los e mais a lhes garantir uma participação nos resultados da exploração. E, sob este fundamento, não resistem razões capazes de justificar uma parcela maior para os Estados e Municípios produtores exclusivamente porque o são, já que em relação a esta parte dos recursos, todos os Estados devem ser tratados com igualdade, segunda uma aplicação adequada do princípio da proporcionalidade.

Por este trecho do documento, percebe-se que a partir da preocupação em proporcionar uma divisão mais justa dos resultados da exploração do petróleo e considerando elevados e superiores ao necessário para a compensação financeira os valores recebidos pelos chamados Estados produtores, o legislador acabou por entender razoável estabelecer forma de distribuição distinta, aumentando o percentual de recursos destinados a estados não produtores. Registre-se, por oportuno, que apesar da afirmação contundente, o documento não apresenta valores e estudos que possam comprovar tal afirmação de sobrecompensação.

Ora, ocorre que tal solução contraria o conceito de *royalties* estipulado no próprio texto legal, conforme já transcrito. Se o entendimento é de que a compensação financeira estaria acima do razoável para indenização àqueles Estados e Municípios, a solução legal adequada seria uma alteração - redução - no percentual de *royalties* cobrados, que, conforme já registrado aqui, é calculado com base nas receitas brutas dos campos, portanto, como instrumento claro de indenização prioritária.

A título de registro, a Lei da Partilha, aprovada pelo Congresso Nacional, elevou de 10% para 15% os percentuais de *royalties*, dando a entender, pela natureza indenizatória dessas receitas, que os valores recebidos a título de indenização estariam insuficientes ou, de outra forma, corroborando o defendido neste trabalho, que os *royalties* estariam sendo desvirtuados de sua natureza compensatória, impondo –

indevidamente – pesada extração de renda de característica eminentemente regressiva, podendo até mesmo inviabilizar economicamente o desenvolvimento de alguns campos potencialmente rentáveis.

Aqui, vale registrar que o cenário otimista imaginado naquela situação - e que fundamentou a forma de distribuição - já não está mais tão premente, de forma que, a mudar o cenário, novas mudanças legais seriam necessárias, incumbindo o poder legislativo de acompanhar a evolução das receitas de forma tão próxima que foge às competências do legislativo.

De outra forma, entendendo os *royalties* como compensação financeira e o distribuindo somente entre aqueles entes e entidades de fato impactados, mesmo em cenários de extremo pessimismo, em que os resultados sejam negativos (prejuízos) os entes afetados receberiam parcela significativa de recursos enquanto os demais entes nada receberiam - o que vai ao encontro do conceito de indenização.

Já em cenários de otimismo, com resultados fortemente positivos, o que se defende é que as participações nos resultados - calculadas depois de retirar os custos de indenização dos Estados impactados - sigam critérios de distribuição definidos pelo legislador, segundo suas melhores interpretações de justiça, sem qualquer vínculo necessário com os critérios definidos para a distribuição dos *royalties*.

A Advocacia Geral da União, dando sequência aos argumentos apresentados em favor da constitucionalidade de distribuição de *royalties* a entes não afetados no âmbito da ADI 4.917, novamente apresentou confusão entre *royalties* e participações especiais, unindo as duas receitas distintas para chegar à conclusão desejada:

No entanto, de acordo com a sistemática normativa pretérita, cerca de 60% das receitas de ***royalties* e participações especiais** de petróleo eram preponderantemente distribuídos aos Estados e Municípios com base no critério de confrontação, o que denota a forte concentração dessas rendas em poucos entes federados. Aliás, a propósito da distribuição extremamente concentrada dos *royalties* no Brasil, confira-se: [omitido] (grifei).

Ora, o fato de 60%, ou até mesmo 100%, das receitas governamentais auferidas a partir da produção de petróleo estarem concentradas em Estados e Municípios afetados nada teria de irregular, por exemplo, em cenários pessimistas, em que os campos estivessem operando com prejuízo, situação em que não haveria receitas governamentais relativas à participação nos resultados, mas somente receitas indenizatórias.

Assim, para se analisar a justeza da distribuição das receitas governamentais oriundas do petróleo, o mais correto é segregar a análise, analisando a distribuição das receitas indenizatórias (o que se faz no presente trabalho) e a distribuição das receitas de participação nos resultados. A primeira deveria ser totalmente destinada aos entes e órgãos afetados e, a segunda, distribuída conforme critérios de justeza a serem definidos pelo legislador, como, por exemplo, os critérios estabelecidos pelo FPE e FPM.

Dessa forma, se entendermos os *royalties* como indenização, assim é que se defende no presente trabalho, dada a sua evolução histórica e sua forma de cálculo - uma alíquota aplicada à receita bruta -, o que se faria em o distribuir a quem não suporta o ônus seria um acréscimo de desigualdade, pois o ente impactado estaria utilizando de seus próprios recursos financeiros para gerar uma riqueza - mediante a produção de um recurso natural de propriedade da União - a ser distribuída entre todos os entes federados. Aqui, portanto, conclui-se pela inconstitucionalidade da atual forma de distribuição dos recursos originários dos *royalties* do petróleo por meio do Fundo Especial segundo os critérios do FPE e FPM.

Faz-se um adendo, aqui, para registrar que, se assim ocorrer, haverá um desestímulo ao Estado hospedeiro de desenvolver infraestrutura para a melhor produção do petróleo, o que poderia causar redução da produção e menores resultados a todos os entes federados.

De outra sorte, o fato de tantos estados se insurgirem contra a ação proposta pelo Rio de Janeiro (sob a forma de *amicus curiae*), bem como considerando válidos e bastante pertinentes os argumentos apresentados no sentido de que o Brasil experimentou nos últimos anos uma forte alteração de sua indústria do petróleo, com reflexos profundos na distribuição das riquezas provenientes de tal indústria, é de se supor que, talvez, os recursos arrecadados a título de *royalties* já não correspondem mais numericamente ao que se propôs inicialmente - compensar financeiramente os Estados afetados -, assim como defendido na manifestação apresentada pelo Senado Federal.

Conclusão da análise de constitucionalidade

Apresentada breve introdução do tema, a definição da palavra “*royalty*” – a partir da sua origem histórica –, a evolução normativa a respeito da cobrança de *royalties* sobre o petróleo e as análises realizadas neste tópico sobre as diferenças na

metodologia de cálculo das receitas indenizatórias e de participação nos resultados, faz-se a presente conclusão de análise de constitucionalidade.

A partir da interpretação da origem do termo *royalty*, duas foram as possibilidades consideradas mais adequadas para a sua interpretação: importância pecuniária devida aos entes federados e entidades que são afetados pela demanda de infraestrutura e serviços públicos vinculados às atividades exploratórias (indenização) ou uma importância pecuniária devida ao proprietário dos recursos que serão explorados comercialmente por outrem.

Ocorre que a evolução normativa a respeito da cobrança de *royalties* sobre a produção de petróleo indica claramente o seu caráter indenizatório, o que induz ao entendimento de que a melhor interpretação do termo seria, então, a importância pecuniária devida aos entes federados e entidades que são afetados pela demanda de infraestrutura e serviços públicos vinculados às atividades exploratórias.

Em sequência, utilizando-se da comparação entre a fórmula de cálculo das receitas dos *royalties* e das receitas das participações especiais (escolhida por ser, juntamente com os *royalties* as mais expressivas rendas diretas da atividade petrolífera), concluiu-se que os *royalties* devem ser entendidos como o que a Constituição denominou "compensação financeira", por serem devidos independentemente do resultado dos projetos (o que lhes atrela à característica indenizatória), enquanto as participações especiais devem ser entendidas como parte do que a constituição denominou "participação nos resultados", devidas somente quando o campo apresenta resultado positivo.

Por fim, analisando os argumentos constantes da ADI 4.917 que tramita no STF a respeito, exatamente, da constitucionalidade de distribuição de recursos arrecadados a título de *royalties* do petróleo, o que se entendeu é que, em busca de uma maior justiça na distribuição dos recursos petrolíferos, as discussões que chegaram ao judiciário acabam por misturar os recursos arrecadados a títulos de *royalties* com os recursos arrecadados a título de participação especial, ecoando o que já teria ocorrido na discussão legislativa, o que prejudica a análise da legalidade da distribuição das receitas de cunho indenizatórios.

Mas, se entendermos os *royalties* como indenização, assim é que se defende no presente trabalho, o que se faria em distribuir a quem não suporta o ônus da atividade

exploratória seria um acréscimo de desigualdade, pois o ente impactado estaria utilizando de seus próprios recursos financeiros para gerar uma riqueza - mediante a produção de um recurso natural de propriedade da União - a ser distribuída entre todos os entes federados. Portanto, o que se conclui é que a atual forma de distribuição dos recursos arrecadados sob forma de Fundo Especial originários dos *royalties* do petróleo por meio do Fundo Especial não se encontra aderente ao desejo expresso na Carta Magna.

6. IMPACTOS ECONÔMICOS

Finalizada a análise em que se concluiu que os recursos arrecadados a título de *royalties* do petróleo deveriam ser interpretados como indenização, nos termos do que a Constituição Federal denominou “compensações financeiras”, e por consequência, distribuídos exclusivamente àqueles entes e entidades diretamente afetados pela atividade petrolífera, passa-se, a seguir, devido à relevância material do tema, a apresentar números relacionados ao impacto financeiro que o entendimento pode resultar. Em um primeiro momento, por ser o tema do presente trabalho, serão apresentados os resultados dos impactos financeiros relacionados, exclusivamente, ao entendimento que se defende aplicado à distribuição das receitas dos *royalties* do petróleo aos entes e entidades afetados.

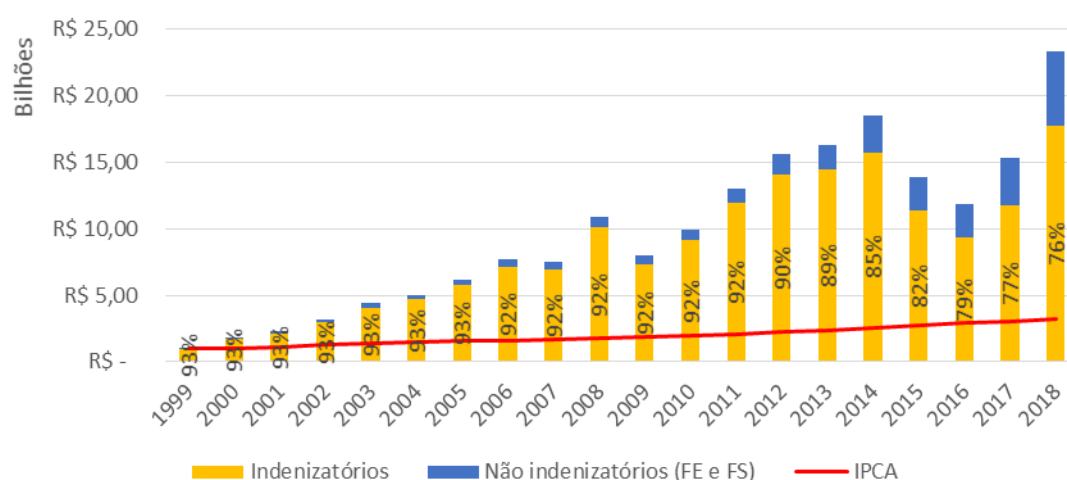
Todavia, ciente de que pela relevância do tema há a tendência de discussões acaloradas sobre a questão, o presente estudo ousará em extrapolar a análise à distribuição das receitas relativas às participações especiais, de forma a prever – ainda que sem um rigor técnico apurado - impactos totais na distribuição dessas duas maiores receitas diretas relacionadas ao segmento de petróleo, relacionando os resultados com a tão mencionada justiça na distribuição da riqueza cuja titularidade, conforme a Carta Magna, é da União e, portanto, sua propriedade pertence igualmente a todos os brasileiros.

Receitas dos *royalties*

Conforme mencionado, a primeira medida que se faz, por rigor técnico, é isolar as receitas somente de *royalties* - o que comumente não é feito -, deixando de lado todas as demais formas de arrecadação que, ao final, compõem o que se chama de *government take*. Importa registrar que as análises se referem ao período de 1999 a 2018, devido à disponibilidade de dados divulgados pela ANP.

A partir dos dados coletados, elaborou-se o Gráfico 2. O referido gráfico permite observar a substancial alteração do cenário relativo à arrecadação de *royalties* – mencionado em diversas partes do presente trabalho, bem como a comparação na distribuição de recursos cujos critérios obedecem a natureza arrecadatória de indenização – Estados, Municípios e órgãos da Administração Direta afetados – daqueles que não obedecem a natureza indenizatória do recurso – o que se considera inconstitucional –, sob a forma de Fundo Especial e mais recentemente o Fundo Social (a partir de 2012).

Gráfico 2 - Evolução da arrecadação de *royalties*



Fonte: elaboração própria³.

Observa-se pelo gráfico que, a partir de 2012, há um crescimento relativo da distribuição de recursos por meio de critérios não vinculados à natureza indenizatória da arrecadação dos *royalties*, isso se deve à entrada em vigor da Lei da Partilha, que criou o Fundo Social. Essa alteração normativa está fazendo o percentual de receitas distribuídas segundo critérios indenizatórios apresentar queda relativa e constante nos últimos anos.

Assim, embora inicialmente não tão relevante, a distribuição de recursos a título não indenizatório tem elevado gradualmente a distorção da natureza dessas receitas. Atualmente, 25% das receitas oriundas dos *royalties* já são destinadas a entes e entidades que não se considera afetados pela atividade exploratória, segundo critérios do FPE e FPM que em nada se relacionam com a natureza indenizatória de tais receitas, demonstrado a incompatibilidade e afastamento com previsto no texto constitucional.

³ A partir dos dados divulgados pela ANP, disponível em www.anp.gov.br.

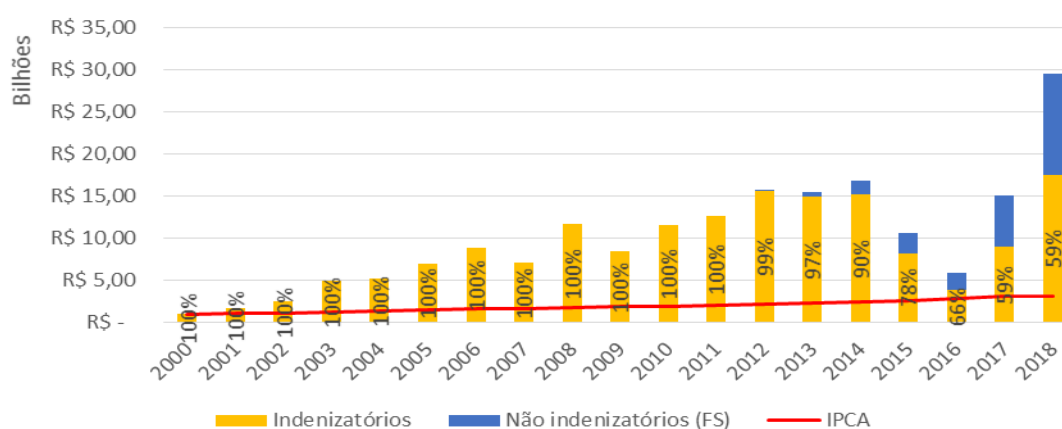
A tratar de valores, em 2018 foram R\$ 3,5 bilhões destinados de forma que aqui se considera não aderente à Carta Magna, com previsão de crescimento acelerado, tanto do ponto de vista relativo (percentualmente) quanto absoluto (valores), tendo em vista a entrada em produção prevista de campos sob o regime de partilha da produção, em que a alíquota de *royalties* é superior aos campos sob regime de concessão (15% ante 10%) e contam com maior parcela destinada aos Fundos Especial e Social.

Todavia, se de um lado há a considerada inconstitucionalidade na distribuição desses valores mencionados no parágrafo anterior a título de *royalties*, importante, pela relevância social da presente análise, indicar, ao menos de forma simplificada – conforme já antecipado – uma extrapolação do entendimento para as participações especiais.

Receita das participações especiais

De forma bastante simples, e sem rigor técnico apurado, extrapolando as análises feitas em relação aos *royalties*, porém, invertendo o entendimento (aqui se considera inconstitucional distribuir recursos de natureza não indenizatória segundo os critérios de afetação similares aos dos *royalties*), elaborou-se gráfico com informações das receitas relativas às participações especiais. O gráfico seguinte permite observar que, também em relação às participações especiais, houve substancial alteração do cenário arrecadatório no país, com ganhos reais ao longo das últimas décadas, bem como é possível observar o forte caráter vinculado à indenização no critério de distribuição dos recursos.

Gráfico 3 - Evolução da arrecadação de participações especiais



Fonte: elaboração própria⁴.

⁴ A partir dos dados divulgados pela ANP, disponível em www.anp.gov.br.

Nesse gráfico, observa-se que embora a participação especial não devesse ser considerada uma receita indenizatória – pelo menos no entendimento sumário apresentado neste trabalho – a sua divisão tem seguido critérios muito próximos aos dos *royalties* sendo inclusive mais forte a vinculação com a indenização, pois, sem a presença do Fundo Especial – que só existe em relação aos *royalties* –, até o ano de 2012, quando foi instituído o Fundo Social, 100% das receitas eram distribuídas a partir dos critérios de entes afetados pelas atividades da indústria. A tratar de valores, nos anos de maior abundância, foram distribuídos recursos em montante superior a R\$ 15 bilhões sob critérios de indenização (2018), mas arrecadados como forma de participação nos resultados, fato que, sob o entendimento firmado neste trabalho, considera-se não aderente à vontade expressa na Carta Magna.

Outro ponto bastante perceptível na análise dos dois gráficos anteriores, que reforça o que foi expresso no texto relativo a metodologia de cálculo, é que em cenários de baixa no preço mundial do petróleo, as receitas vinculadas às participações especiais (por serem vinculadas a resultados) sofrem reduções bastante mais intensas.

O período que melhor se observa tal fato é de 2014 a 2016, em que, devido ao cenário desfavorável ao setor de petróleo no país, foi possível observar uma queda das receitas de participação especial da ordem de 65%, enquanto que os *royalties* se reduziram em 35%.

Essa constatação quantitativa reforça a importância de os recursos dos *royalties* serem destinados aos entes e entidades afetados – de forma a garantir a indenização devida mesmo em cenários desfavoráveis ao setor – enquanto também reforça a necessidade de que as participações especiais, abundantes em cenários favoráveis ao setor, sejam distribuídas de forma a se buscar a justeza defendida tanto nas discussões legislativas quanto nas discussões no âmbito do judiciário. Vale repisar, trata-se de recurso natural cuja titularidade foi constitucionalmente atribuída à União, ou seja, patrimônio de toda a sociedade brasileira.

Balanco entre impactos dos *royalties* e participações especiais

De forma bastante simplificada, de um lado temos recursos da ordem de R\$ 3,5 bilhões sendo equivocadamente retirados de entes e entidades afetados para serem divididos segundo critérios de justeza aos outros 23 estados, seus municípios e o Distrito Federal, de outro lado, recursos da ordem de R\$ 15 bilhões estariam sendo equivocadamente distribuídos sob a forma de indenização a três estados (Rio de Janeiro,

São Paulo e Espírito Santo) e seus municípios. Conclui-se, com esse raciocínio, que atualmente há um desequilíbrio em favor daqueles poucos entes que recebem os recursos a título indenizatório.

Ponto relevante a ser tratado é que os três estados que mais recebem recursos - inclusive por via direta a seus municípios - são estados localizados na região sudeste do país, em que se registram índices de desenvolvimento humano comparáveis a países desenvolvidos, o que indica que os recursos repassados de forma desequilibrada e não condizente com o texto constitucional estariam contribuindo para aumentar as desigualdades regionais, de forma contrária ao que estipula o inciso III, do art. 3º da Constituição:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Nesse sentido, Alencar e Gobetti (2008) fizeram interessante estudo sobre as formas de distribuição de receitas no Brasil, em que elencaram aquelas que melhor atingiam o objetivo de redução das desigualdades regionais, utilizando como critério o índice de Gini. Os *royalties* do petróleo foram considerados os recursos cujo critério de distribuição se mostrou como o que mais se afasta do objetivo:

A fim de analisar melhor essa questão, fizemos o cálculo do índice de concentração de cada transferência individualmente ou em grupos muito próximos para 2007. A tabela 12 apresenta as transferências em ordem crescente, do menor para o maior índice de concentração quando ordenamos os municípios de acordo com seu PIB per capita. O FPM, como vemos, encabeça a lista das transferências com um índice negativo de -0,224, comprovando ser um índice com potencial redistributivo, que beneficia proporcionalmente mais os municípios de menor PIB per capita, apesar de seu critério de distribuição populacional não ter qualquer relação direta com a riqueza. Contudo, a relação da riqueza relativa com o tamanho do município impõe, na prática, um certo poder distributivo.

TABELA 12
ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DAS TRANSFERÊNCIAS MUNICIPAIS COM ORÇAMENTO PELO PIB (2007)

FPM	-0,224
Fundeb	-0,092
Discricionárias	-0,082
CIDE	-0,074
FNAS/FNDE/FNS(SUS)	0,024
ITR	0,058
Salário-Educação	0,173
LK/FEX/IPI-Exp.	0,290
ICMS	0,338
IPVA	0,402
<i>Royalties</i>	0,431

Fonte: Elaboração própria

(...)

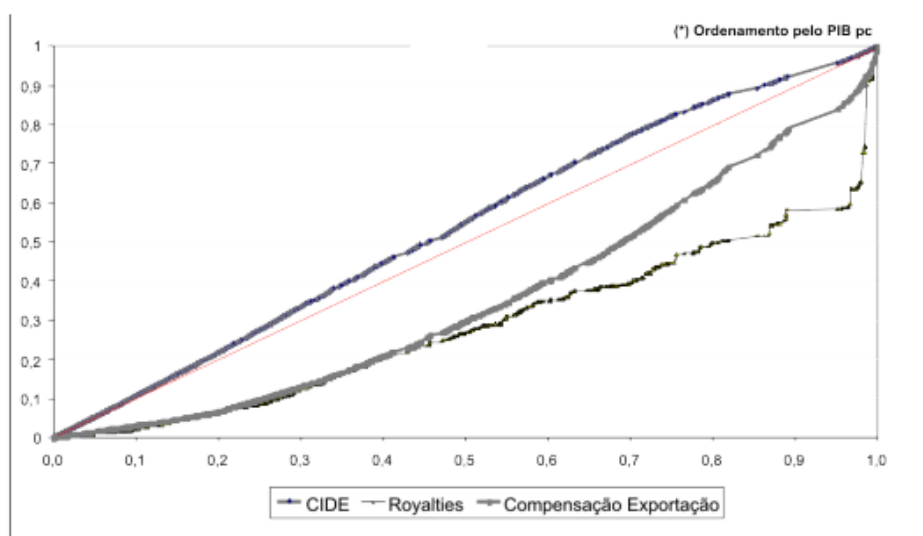


GRÁFICO 5
CONCENTRAÇÃO DAS TRANSFERÊNCIAS DE COMPENSAÇÃO EM 2007

(...) Algo semelhante ocorre com os municípios beneficiários dos *royalties*. O critério principal de divisão dos *royalties* e participações especiais de petróleo é o da confrontação com os campos e poços localizados em mar, que não tem coerência socioeconômica nem ambiental, e beneficiam um número reduzido de prefeituras (SERRA, 2005).

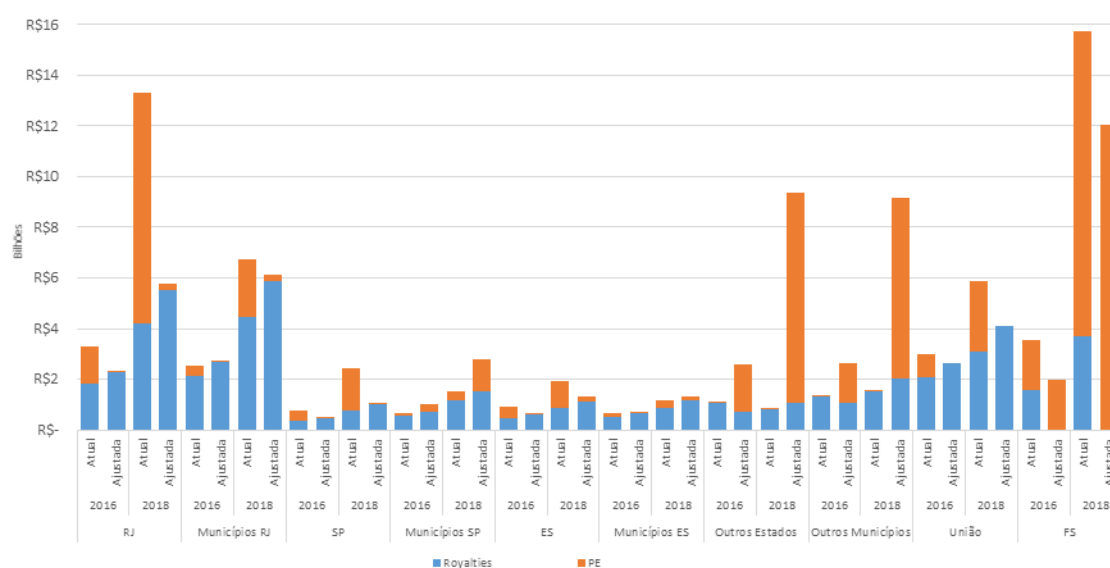
Embora o estudo de Alencar e Gobetti (2008) tenha utilizado em suas tabelas e gráficos o termo “*royalties*”, fica claro - pelo texto - que se utilizou para as análises o somatório de *royalties* e participações especiais, ecoando a falha metodológica que se destacou ao longo do presente trabalho. Entretanto, o resultado chama a atenção pelo fato de uma riqueza estar sendo tão concentrada em entes já beneficiados pelo desenvolvimento histórico e que hoje apresentam melhores índices de desenvolvimento humano.

Aqui, reforçando o entendimento apresentado no texto e corroborando a conclusão apresentada no texto de Alencar e Gobetti (2008), de que as receitas

petrolíferas estariam necessitando de ajustes em suas formas de distribuição, elaborou-se estimativa de receitas relativas a *royalties* e participações especiais respeitando-se o entendimento firmado ao longo deste trabalho a respeito da natureza indenizatória do primeiro e de partilha de resultados do segundo, de forma a comprovar que a justiça social seria melhor perseguida se seguidos esses critérios na forma de distribuição.

O gráfico abaixo, elaborado com informações relativas aos anos de 2016 e 2018 e seguindo os mesmos critérios dos dois gráficos anteriores, demonstra que, apenas distribuindo os recursos conforme as suas origens arrecadatórias (indenizatória ou participação nos resultados), seria possível transferir elevado montante de recursos dos três principais atuais recebedores (RJ, SP e ES) para todos os demais estados e municípios, respeitando-se, ainda, a justa indenização aos entes afetados, inclusive em cenários desfavoráveis ao setor – situação em que tais entes receberiam parcelas relativamente maiores da arrecadações governamentais (a exemplo do ano de 2016):

Gráfico 4 - Comparativo simplificado entre beneficiários de *royalties* e participação especial nos exercícios 2016 e 2018 segundo as regras atuais e a interpretação exposta neste trabalho



Fonte: elaboração própria⁵.

Portanto, se utilizados os critérios para distribuição da parcela cuja arrecadação não possui caráter indenizatório (participações especiais) similares ao FPE

⁵ A partir dos dados divulgados pela ANP, disponível em www.anp.gov.br. Os dados relativos ao Fundo Especial (FE) foram alocados em Outros Estados e Outros Municípios segundo as regras atuais de distribuição (de forma simplificada), para possibilitar a comparação e análise.

e FPM, é possível utilizar a riqueza da sociedade brasileira para induzir a redução das desigualdades hoje existentes no país, isso porque, segundo o estudo já mencionado (Alencar e Gobetti, 2008), seria o FPM o melhor critério para reduzir as desigualdades sociais e regionais - dentre os critérios analisados no referido estudo.

Ainda segundo o gráfico, em anos não muito bons para o setor (ou ruins), a exemplo de 2016, apenas os governos dos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Espírito Santo, além da União, teriam redução de receitas, e ainda assim, de proporção relativamente pequena. De outro lado, até mesmo as receitas dos municípios desses estados seriam aumentadas, bem como a receita de todos os outros estados e todos os outros municípios.

Já em anos de cenário mais favorável, a exemplo de 2018, com o ajuste realizado pelo entendimento defendido neste trabalho, a redução de receita dos estados afetados seria mais severa – embora a receita de cunho indenizatório fosse consideravelmente majorada, atingindo o seu princípio de compensação financeira. Por outro lado, uma quantia maior dos resultados da produção petrolífera seria partilhada entre os demais entes federados, de forma a conferir maior justeza à partilha dos recursos cujo caráter não se considerou indenizatório. Encerra-se, assim, a análise proposta no presente trabalho.

7. CONCLUSÃO

Trata-se de trabalho de conclusão de curso de especialização em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura promovida em parceria pelo Instituto Serzedelo Corrêa - ISC - e a Escola Nacional de Administração Pública - Enap. O trabalho se debruçou sobre a análise de constitucionalidade da distribuição de recursos arrecadados a títulos de *royalties* a Estados e Municípios não afetados, o que se faz por meio do rateio do Fundo Especial segundo os critérios do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

A escolha do tema se deveu à sua relevância para a atual situação fiscal dos entes federados. Outros fatores que contribuíram para a definição do tema foram: existência de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF) que se relaciona com o assunto; a complexidade técnica do assunto; e a existência de forte pressão exercida pelos grupos de interesse sobre os poderes legislativo e judiciário a respeito do assunto.

Fez-se, preliminarmente, breve introdução ao contexto da indústria do petróleo, de forma a contextualizar o leitor. Apresentou-se a história resumida da indústria do petróleo, o seu histórico no Brasil, as formas de o governo auferir receitas da exploração e produção, algumas estatísticas e projeções a respeito da indústria.

Depois, fez-se uma abordagem histórica a respeito da origem dos *royalties* e uma síntese da evolução normativa do tema no Brasil republicano - subdividida em dois períodos: pré e pós abertura do mercado. Elaborou-se uma análise da constitucionalidade das normas legais que atribuem – via Fundo Especial – a Estados e Municípios não afetados fatia das receitas originárias dos *royalties* do petróleo.

A análise encontra-se suportada por duas abordagens: a primeira pela diferença na forma de se calcular as receitas de cunho indenizatório e receitas relativas a participação nos resultados; e a segunda pela análise dos argumentos apresentados no âmbito da ADI 4.917, que trata da questão no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF).

A partir da interpretação hermenêutica da origem do termo *royalty*, duas foram as possibilidades consideradas mais adequadas para a sua interpretação: importância pecuniária devida aos entes federados e entidades que são afetados pela demanda de infraestrutura e serviços públicos vinculados às atividades exploratórias (indenização) ou uma importância pecuniária devida ao proprietário dos recursos que serão explorados comercialmente por outrem.

Ocorre que a evolução normativa a respeito da cobrança de *royalties* sobre a produção de petróleo indica claramente o seu caráter indenizatório, de forma que se considera a melhor interpretação do termo sendo a importância pecuniária devida aos entes federados e entidades que são afetados pela demanda de infraestrutura e serviços públicos vinculados às atividades exploratórias, portanto, indenização.

Diante de tal interpretação e se utilizando da comparação entre a fórmula de cálculo das receitas dos *royalties* e das receitas das participações especiais (escolhida por ser, juntamente com os royalties as mais expressivas rendas diretas da atividade petrolífera), concluiu-se que os *royalties* devem ser entendidos como o que a Constituição denominou "compensação financeira", por serem devidos independentemente do resultado dos projetos (o que lhes atrela à característica indenizatória), enquanto as participações especiais devem ser entendidas como parte do

que a constituição denominou "participação nos resultados", devidas somente quando o campo apresenta resultado positivo.

Por fim, analisando os argumentos constantes da ADI 4.917 que tramita no STF a respeito da constitucionalidade da atual forma de distribuição de recursos arrecadados a título de *royalties* do petróleo, o que se entendeu é que, em busca de uma maior justiça na distribuição dos recursos petrolíferos, as discussões que chegaram ao judiciário acabam por misturar os recursos arrecadados a títulos de *royalties* com os recursos arrecadados a título de participação especial, ecoando o que já teria ocorrido na discussão legislativa. Concluiu-se, então, pela inconstitucionalidade da atual forma de distribuição dos recursos arrecadados sob forma de Fundo Especial originários dos *royalties* do petróleo. Entendeu-se, ainda, que a distribuição de recursos a título não indenizatório tem elevado gradualmente a distorção da natureza dessas receitas. Em 2018 foram R\$ 3,5 bilhões destinados de forma que se considerou não aderente à Carta Magna.

Todavia, se de um lado se considerou inconstitucional a distribuição dos valores mencionados no parágrafo anterior a título de *royalties*, ao menos de forma simplificada, mediante uma extrapolação do entendimento para o caso das participações especiais, também se entendeu que tais recursos estariam sendo distribuídos de forma não aderente aos ditames e princípios constitucionais. Isso porque, embora a participação especial não devesse ser considerada uma receita indenizatória, a sua divisão tem seguido critérios muito próximos aos dos *royalties* sendo inclusive mais forte a vinculação com a indenização. A tratar de valores, nos anos de maior abundância (a exemplo de 2018), foram distribuídos recursos em montante superior a R\$ 15 bilhões segundo critérios de indenização, não aderente à vontade expressa na Carta Magna e favorecendo alguns poucos entes federados de forma desproporcional.

8. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALENCAR, A.A.; GOBETTI, Sérgio Wulff. **Justiça Fiscal na Federação Brasileira - uma análise do sistema de transferências intergovernamentais entre 2000 e 2007**. Brasília: Esaf, 2008.

BP Statiscal Review of World Energy, 67th edition - June 2018.

CERVEIRA, Daniel Alcântara Nastri. **Royalties no contrato de franquia, como funcionam?** Disponível em: <https://www.portaldofranchising.com.br/artigos-sobre-franchising/os-royalties-no-contrato-de-franquia/>. Acesso em 18 fev 2019.

D'ALMEIDA, Albino Lopes. **Indústria do Petróleo no Brasil e no Mundo**. São Paulo: Blucher, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3 ed. totalmente rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GOBETTI, Sérgio Wulff. **Federalismo Fiscal e Petróleo no Brasil e no Mundo**. Rio de Janeiro: IPEA, 2011.

GOBETTI, Sérgio Wulff. **Política fiscal e pré-sal: como gerir as rendas do petróleo e sustentar o equilíbrio macro-fiscal do Brasil**. Brasília: Esaf, 2009.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Participações Governamentais na Indústria do Petróleo**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994.

BRASIL. Constituição Federal de 1891

BRASIL. Constituição Federal de 1934

BRASIL. Constituição Federal de 1967

BRASIL. Constituição Federal de 1988

BRASIL. Lei nº 9.478, 6 de agosto de 1997

BRASIL. Decreto nº 4.265, de 15 de janeiro de 1921

BRASIL. Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953

BRASIL. Lei nº 3.257, de 2 de setembro de 1957

BRASIL. Decreto-Lei nº 523, de 8 de abril de 1969

BRASIL. Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985

BRASIL. Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989

BRASIL. Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995

BRASIL. Decreto nº 2.705, de 3 de agosto de 1998

BRASIL. Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010

BRASIL. Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012